

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL**



SECRETARÍA

EDICTO

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

| | |
|-----------------|--|
| Radicación: | 05001310501520110098501 |
| Proceso: | ORDINARIO |
| Demandante: | PAULINA MARCELA OSPINA GARCÍA |
| Demandado: | EFICACIA S.A. e INDEGA NACIONAL DE GASEOSAS INDEGA S.A. |
| M. P. | MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA SL TSM |
| Fecha de fallo: | 24/11/2023 |
| Decisión: | REVOCA Y ABSUELVE |

El presente edicto se fija por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy 27/11/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario



REPÚBLICA DE COLOMBIA

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

| | |
|--------------|--|
| DEMANDANTE | PAULINA MARCELA OSPINA GARCÍA |
| DEMANDADO | EFICACIA S.A. e INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS -INDEGA S.A.- |
| ORIGEN | Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín |
| RADICADO | 05001 31 05 015 2011 00985 01 |
| TEMAS | Contrato realidad |
| CONOCIMIENTO | Apelación |
| ASUNTO | Sentencia de segunda instancia |

En la fecha señalada, la Sala Sexta de decisión Laboral, integrada por las Magistradas ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ y la Ponente MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 se constituye en audiencia para proferir sentencia escrita, dentro del proceso ordinario laboral promovido por PAULINA MARCELA OSPINA GARCÍA contra EFICACIA S.A. e INDEGA S.A.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda¹

La demandante formula demanda contra Eficacia S.A. e Indega S.A., pretendiendo se declare **i)** que entre las partes existió contrato de trabajo iniciado el 15 de febrero de 2008 el cual finalizó por despido unilateral por parte de Eficacia S.A el 18 de diciembre de 2010; y como consecuencia de lo anterior, las demandadas deberán reconocer y pagar *proporcionalmente*: **ii)** el excedente del salario básico dejado de pagar mes a

¹ 01PrimeraInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 1/11 y 93/94 subsanación de requisitos

mes durante toda la relación laboral; **iii)** el pago de la diferencia del sueldo de lo pagado por Eficacia S.A. y lo pagado por Indega S.A. a uno de sus empleados directos de dicha compañía por desempeñar las mismas funciones desplegadas como tele vendedora.

Además de ello, pide que Indega S.A. **iv)** la reintegre por constituirse en un contrato a término indefinido, y que **Eficacia S.A., y de forma solidaria Indega S.A.**, sean condenadas al pago: **v)** del excedente de la liquidación de las cesantías, por ser distinta la base de liquidación con la que se canceló la misma; **vi)** primas de servicios de junio y diciembre de cada año laborado, intereses a las cesantías, vacaciones proporcionales, el excedente de la liquidación de dominicales y festivos trabajados, sobre los salarios reales; **vii)** horas extras diurnas con base al salario básico más las comisiones mes a mes durante toda la relación laboral; **viii)** del incentivo por referencia, **ix)** los intereses sobre el excedente de los sueldos y demás prestaciones dejadas de pagar desde el inicio de la relación hasta su terminación; **x)** la diferencia salarial respecto del salario básico más comisiones y demás beneficios convencionales devengados por el señor José Ochoa Restrepo empleado directo de Indega S.A., tales como: excedente de sueldo, prima extra de navidad, prima extra de antigüedad, prima extra de junio, prima legal de servicios, auxilio de copago, auxilio de rodamiento y la respectiva reliquidación de todas las acreencias laborales; **xi)** la indemnización de que tratan los artículos 65 y 65 del CST; **xii)** Indexación de las condenas; **xiii)** lo ultra y extra petita; y **xiv)** Costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que el 15 de febrero de 2008 se vinculó mediante contrato escrito con la empresa temporal Eficacia S.A., pactando un salario inicial de \$431.750 pagaderos quincenalmente, el cual fue incrementado meses después a la suma de \$800.654, en el 2009 a \$1'013.120 y para el año 2010 a \$1'078.139; fue enviada en misión a la empresa Indega S.A. -Coca-Cola- en Medellín, hasta el 18 de diciembre de 2010, fecha en que se dio por terminado su contrato unilateralmente por parte de Eficacia S.A. Fue contratada para desempeñar el cargo de supernumeraria de Televentas, y después se le comunicó que desempeñaría el cargo de Televendedora en la ciudad de Medellín, adjudicándole la ruta MLI713 que atendía los sectores de Itagüí, San Antonio de Prado, Envigado y Sabaneta, con un promedio de clientes diarios para atender entre 80 y 145, cuyas funciones consistían en realizar ventas de los productos de Indega por teléfono según el catálogo, actualización de base de datos y cobro de cartera, labor que fue ejecutada de forma personal, acorde a las instrucciones dadas por el jefe de Indega S.A., señor Alejandro Satoque, y

cumpliendo con un horario estipulado de lunes a viernes de 7:00AM a 6:00PM, y sábados de 8:00AM a 5:00PM. Además del horario estipulado, cuando no podía cumplir las metas establecidas por Indega S.A., el horario se incrementaba en 2 o 3 horas más, bajo la “amenaza” de *“cumple con tu cuota y conserva tu puesto, si no la cumple debe subir donde el gerente”*, lo cual se reiteraba casi diario; adicionalmente en temporadas como el día de la madre, día del padre, día del niño, amor y amistad, semana santa, navidad, nuevo año y feria de flores, debían trabajar hasta altas horas de la noche, incluyendo dominicales y festivos, que por lo general duraba un mes, - abril, mayo, junio, septiembre, agosto y diciembre de cada año-, de lunes a viernes de 7:00AM a 10:00PM y sábados de 8:00AM a 8:00PM, además, laboraba tres dominicales y descansaba uno.

Afirma que, si bien no quedó estipulado en el contrato, Eficacia S.A. le prometió el pago de una comisión mensual sobre las ventas, de lo que dan cuenta las colillas de pago allegadas como prueba.

Afirma que la empresa no canceló el salario pactado como básico desde junio del 2008, contabilizando el salario básico con las comisiones sobre ventas, cuando debió pagarle el salario básico prometido más los incrementos anuales, más las comisiones, como muestra en los siguientes cuadros:

| AÑO 2008 | | | |
|---------------------|------------------|------------------|--------------|
| SUELDO \$800.654.00 | | | |
| MES | SUELDO PROMETIDO | SUELDO CANCELADO | DIFERENCIA |
| JUNIO | \$800.654.00 | \$366.880.00 | \$433.774.00 |
| JULIO | \$800.654.00 | \$428.027.00 | \$372.627.00 |
| AGOSTO | \$800.654.00 | \$458.600.00 | \$342.054.00 |
| SEPTIEMBRE | \$800.654.00 | \$443.313.00 | \$357.341.00 |
| OCTUBRE | \$800.654.00 | \$428.027.00 | \$372.627.00 |
| NOVIEMBRE | \$800.654.00 | \$458.600.00 | \$342.054.00 |
| DICIEMBRE | \$800.654.00 | \$458.600.00 | \$342.054.00 |

| AÑO 2009 | | | |
|-----------------------|------------------|------------------|--------------|
| SUELDO \$1.013.120.00 | | | |
| MES | SUELDO PROMETIDO | SUELDO CANCELADO | DIFERENCIA |
| ENERO | \$1.013.120.00 | \$428.027.00 | \$585.093.00 |
| FEBRERO | \$1.013.120.00 | \$428.027.00 | \$585.093.00 |
| MARZO | \$1.013.120.00 | \$458.500.00 | \$554.620.00 |
| ABRIL | \$1.013.120.00 | \$314.667.00 | \$698.453.00 |
| MAYO | \$1.013.120.00 | \$425.187.00 | \$587.933.00 |
| JUNIO | \$1.013.120.00 | \$491.000.00 | \$522.120.00 |
| JULIO | \$1.013.120.00 | \$458.267.00 | \$554.853.00 |
| AGOSTO | \$1.013.120.00 | \$491.000.00 | \$522.120.00 |
| SEPTIEMBRE | \$1.013.120.00 | \$474.633.00 | \$538.487.00 |
| OCTUBRE | \$1.013.120.00 | \$425.533.00 | \$587.587.00 |
| NOVIEMBRE | \$1.013.120.00 | \$278.233.00 | \$734.887.00 |
| DICIEMBRE | \$1.013.120.00 | \$458.266.00 | \$554.854.00 |

| AÑO 2010 | | | |
|-----------------------|------------------|------------------|--------------|
| SUELDO \$1.078.139.00 | | | |
| MES | SUELDO PROMETIDO | SUELDO CANCELADO | DIFERENCIA |
| ENERO | \$1.078.139.00 | \$491.000.00 | \$587.139.00 |
| FEBRERO | \$1.078.139.00 | \$491.000.00 | \$587.139.00 |
| MARZO | \$1.078.139.00 | \$491.000.00 | \$587.139.00 |
| ABRIL | \$1.078.139.00 | \$465.730.00 | \$612.409.00 |
| MAYO | \$1.078.139.00 | \$491.260.00 | \$586.879.00 |
| JUNIO | \$1.078.139.00 | \$406.500.00 | \$671.693.00 |
| JULIO | \$1.078.139.00 | \$440.440.00 | \$569.139.00 |
| AGOSTO | \$1.078.139.00 | \$509.000.00 | \$569.139.00 |
| SEPTIEMBRE | \$1.078.139.00 | \$509.000.00 | \$569.139.00 |
| OCTUBRE | \$1.078.139.00 | \$508.200.00 | \$569.939.00 |
| NOVIEMBRE | \$1.078.139.00 | \$508.200.00 | \$569.939.00 |

Por lo anterior, Eficacia S.A. e Indega S.A. -como responsable solidaria-, adeudan el pago de la diferencia salarial mensual por toda la relación laboral, prestaciones sociales, vacaciones, dominicales, festivos, indexaciones, horas extras diurnas, prestaciones convencionales, entre otros.

Oposición a las pretensiones de la demanda

i) **Eficacia S.A.²**: Aceptó que la demandante inició a laborar el 15 de febrero de 2008, pero lo fue mediante contrato de obra o labor contratada, en el cargo de televendedora, el cual finalizó por decisión unilateral de la sociedad el 18 de diciembre de 2010 por el cual se reconoció una indemnización equivalente a \$2'242.479, pero

² 01PrimeraInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 138/190

negó ser una empresa de servicios temporales, sino prestadora de servicios a terceros por lo cual no podía enviar en misión a la accionante. Señaló que la demandante tuvo varios llamados de atención y que el salario pactado fue de \$431.750; negó los incrementos salariales indicados en el líbello introductor, valores que indican únicamente al promedio anual de lo devengado, teniendo en cuenta el salario fijo mensual más el salario variable por resultados, este último dependiendo de los resultados por cumplimiento de ventas y efectividad, por lo que tampoco se pactó comisión por ventas; las metas eran establecidas por Eficacia S.A., además precisó que en los otrosí suscritos por la actora aparece en el numeral segundo los incrementos del salario fijo mensual de cada año y el salario variable por resultados; tampoco laboró en los horarios señalados, puesto que estos eran variables, los que además no se fijaban por la codemandada, quien no es solidariamente responsable, pues esta última nunca contrató a la trabajadora, y además no se cumplen los presupuestos fácticos y legales para concluir en ello, y por consiguiente afirma ser el único empleador de la demandante, quien realizaba sus labores en cumplimiento de un acuerdo comercial entre Eficacia S.A. e Indega S.A., por el cual la primera le prestaba a la segunda unos servicios, y por tanto, tampoco le asiste derecho al reconocimiento de un salario distinto al convenido por las partes, ni beneficio laboral de otras empresas con quien se sostienen relaciones comerciales.

Formuló como excepción previa la de: indebida acumulación de pretensiones y como de mérito: Eficacia S.A. no es una empresa de servicios temporales, vinculación laboral de la actora con eficacia S.A., remuneración acordada con la actora, terminación unilateral del contrato de trabajo, terminación del contrato de trabajo ajustado a la ley, improcedencia del reintegro, inexistencia del contrato de trabajo entre la actora e Industria Nacional de Gaseosas S.A., inexistencia del nexo causal vinculante, inexistencia de solidaridad, inexistencia de la relación comercial entre Eficacia S.A. e Industria Nacional de Gaseosas S.A., inexistencia de la obligación de reconocer salarios y beneficios laborales propios de otra empresa, pago de salarios y prestaciones sociales, inexistencia de trabajo igual salario igual en el caso que nos ocupa, temeridad y mala fe de la accionante, compensación, prescripción y la que llamó “genérica u oficiosa”.

Indega S.A.³: Argumentó que del objeto social descrito en el Certificado de Existencia y Representación de Eficacia S.A. se desprende que esta no es una empresa de

³ 01PrimerInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 309/318

servicios temporales, por lo que su afirmación es falsa. La demandante no fue empleada ni subordinada de Indega S.A.; Eficacia S.A. fue el verdadero empleador de la demandante, y las condiciones contractuales pactadas con sus trabajadores las desplegó con independencia, autonomía y por sus propios medios; explicó que esta sociedad se encargaba de prestar servicios especializados a distintas empresas, por lo que tampoco existe obligación a la responsabilidad solidaria. Resalta que entre Eficacia S.A. y la demandante se llegó a un acuerdo de transacción, donde se zanjó cualquier diferencia, previendo la iniciación de un eventual litigio, el cual es plenamente válido y produce los efectos de cosa juzgada.

Formuló como excepción previa la de: indebida acumulación de pretensiones -falta de requisitos de la demanda y como de mérito: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación.

Mediante audiencia del 28 de junio de 2012⁴, el juez de instancia declaró probada la excepción previa de indebida acumulación de las pretensiones cuarta y catorce de la demanda, relativas a obtener el reintegro e indemnización por despido injusto, y solicitó al apoderado de la activa precisar de cuál de las dos prescindía, e indicó que de esta última. Tal decisión fue recurrida por los apoderados de ambas demandadas, solicitando aplicación de la consecuencia procesal de la prosperidad de tal excepción, la cual es, excluir del litigio las dos pretensiones, sosteniéndose el A Quo en su postura inicial. De igual manera, declaró improbadamente la excepción de indebida acumulación de pretensiones de indexación e intereses moratorios, la cual también fue recurrida en apelación por los apoderados de la pasiva. Se concedió la alzada en el efecto devolutivo.

En conocimiento de lo anterior, el H. Tribunal Superior de Medellín⁵, mediante proveído del 29 de abril de 2014, revocó lo decidido para en su lugar excluir del debate las pretensiones primera y decimocuarta.

Sentencia de primera instancia⁶

El 28 de noviembre de 2014, el Juzgado Noveno Laboral del Descongestión de Medellín profirió sentencia absolviendo a la pasiva de las pretensiones de la demanda

⁴ 01PrimerInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 369/381

⁵ 01PrimerInstancia; 04Expediente1520110985C01.pdf. págs. 89/96

⁶ 01PrimerInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 507/520

e impuso el pago de costas procesales a la demandante, fijando como agencias en derecho en \$308.000.

Para la A quo, el Tribunal Superior de Medellín en Sala de Descongestión Laboral del 29 de abril de 2014, revocó el auto revisado por vía de apelación, *“para que en su lugar se excluyan del debate las pretensiones PRIMERA Y DECIMOCUARTA formuladas en el escrito de demanda; según lo razonado en la parte motiva de la providencia”*, Señaló la A Quo que, tal decisión debe ser acatada de conformidad con el artículo 362 del CPC, de manera que tras verificar que en la pretensión primera se pide declarar que entre Eficacia S.A. e Indega S.A. y la demandante existió un contrato laboral, y la pretensión catorce, que las empresas demandadas fueron responsables del despido de la demandante por lo que deben pagar la indemnización del artículo 64 y 65 del CST, consideró que no le era dable realizar interpretaciones, y menos aún corregir las decisiones dictadas por su superior jerárquico, de manera que al excluirse la primera pretensión de la demanda –tendiente a que se declare la existencia del contrato de trabajo-, quedan sin piso jurídico las demás pretensiones incoadas de la demanda, que por técnica jurídica devendrían de la primera declaración, en consecuencia, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la actora.

Recurso de apelación⁷

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez, la actora formuló y sustentó recurso de apelación en su contra con el fin de que se revoque bajo el argumento que la A Quo malinterpretó la decisión tomada por la Sala de Descongestión Laboral del H. Tribunal Superior de Medellín en el auto del 29 de abril de 2014, al resolver el recurso de apelación sobre la indebida acumulación de pretensiones, y deprecia se analice de fondo el objeto del litigio de conformidad con las pruebas aportadas, con el fin de hacer prevalecer el derecho sustancial, ya que de la lectura de la motivación del Tribunal es claro que refería a las pretensiones de indemnización y reintegro, que fueron las pretensiones que motivaron la excepción previa. Además, ninguna de las demandadas desconoce el contrato laboral que existió con la demandante, de manera que en la sentencia se evidencia una flagrante vulneración al debido proceso, igualdad y protección a la mujer.

⁷ 01PrimeraInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs.465/468

Alegatos de conclusión en segunda instancia

Concedido el término de traslado a las partes para alegar de conclusión en esta sede, solo **Indega S.A.**⁸ lo describió, solicitando se confirme la sentencia de instancia en tanto al haberse excluido del litigio la pretensión primera de la demanda, que solicitaba declarar la existencia de contrato de trabajo, carece de fundamento jurídico estudiar las demás pretensiones consecuenciales. Pero, en el eventual caso de que se decida estudiar las demás pretensiones, insiste en que tampoco están llamadas a prosperar, puesto que entre las demandadas existieron vínculos comerciales de outsourcing, para la prestación de servicios en diferentes procesos, entre ellos, el de televentas como fin de ejecutar y cumplir obligaciones comerciales adquiridas, y en tal sentido, Eficacia S.A., como contratista independiente con total autonomía, técnica, administrativa, logística y financiera, contrató a la demandante, empresa que itera, no es de servicios temporales, y resalta que en providencia del 22 de junio de 2012 emanada del Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Medellín, se declaró la nulidad de las Resoluciones 1761 del 5 de octubre de 2009 y 062 del 26 de enero de 2010, expedidas por el Coordinador del Grupo de Prevención, Inspección, Control y Vigilancia del Ministerio de la Protección Social, y el Director Territorial de Antioquia, donde se declara que dicha sociedad no es una empresa de servicios temporales, y en el presente caso se demostró con la prueba testimonial recibida, que era dicha sociedad quien pagaba salarios, prestaciones sociales, que ejerció su facultad de subordinación a través de sus coordinadores “in house”, especialmente el señor Juan Esteban Álvarez, además que Indega S.A. no podía administrar el personal contratado por Eficacia S.A., sin que haya tenido injerencia alguna en dicha relación laboral. Señala que esta última pagó todas las obligaciones laborales a la actora, por ello, no se debe reconocer obligación alguna y finalmente, que los beneficios convencionales de Indega S.A. no aplican a la actora por no haber estado vinculada a dicha empresa, no haber estado afiliada a dicho sindicato, ni adhirió al pacto colectivo.

La parte demandante y Eficacia S.A. se abstuvieron de pronunciarse.

⁸ 01PrimerInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs.475

II. SON CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La competencia de la Sala está dada por los artículos 66, 66A del CPTSS, es decir, en consonancia con los puntos que fueron objeto de apelación.

Examinados los hechos y pretensiones del libelo introductorio, así como la oposición formulada por la demandada, la decisión de instancia y el recurso de alzada, corresponde a esta Sala, determinar **i)** si fue o no acertada la conclusión arribada por la A Quo en cuanto se abstuvo de analizar de fondo lo pretendido dada la exclusión de la pretensión primera de la demanda por el Tribunal Superior de Medellín en auto del 29 de abril de 2014; en caso negativo, se procederá a analizar de fondo lo pretendido con la demanda, así: **ii)** la naturaleza del vínculo que unió a las partes, para lo cual se definirá si existió intermediación en la contratación laboral de la demandante en la que Eficacia S.A haya fungido como empresa de servicios temporales e Indega S.A. como verdadero empleador, ello, en virtud de que la activa al sustentar los fundamentos fácticos señaló que Eficacia S.A. era una empresa temporal y por eso fue enviada como trabajadora en misión a Indega S.A., aun cuando la pasiva al dar respuesta a la demanda negaron tal afirmación.

De concluirse que existió intermediación laboral y que el verdadero empleador de la demandante fue Indega S.A. se definirán **iii)** extremos temporales; **iv)** si hay lugar al pago de lo pretendido en la demanda.

i. Sobre la aplicación del auto que declaró probada la decisión de excepción previa de indebida acumulación de pretensiones.

En torno a este aspecto, se tiene que quienes conforman la pasiva formularon la excepción previa de indebida acumulación de pretensiones⁹, por haberse solicitado como principales el reintegro (pretensión cuarta) e indemnización por despido injusto (pretensión catorce), así al conocer de la apelación que resolvió sobre éstas, es cierto que la Sala de Descongestión del Tribunal Superior de Medellín en su resolutive revocó el auto de instancia y excluyó del debate la pretensión primera y decimocuarta, conteniendo la primera la de declaración de existencia de relación laboral¹⁰, no obstante, cuando el cuerpo colegiado motivó su decisión, analizó los efectos de

⁹ 01PrimeralInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 168 y 315

¹⁰ 01PrimeralInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 9/10

pretender tanto el reintegro e indemnización por despido injustificado de forma principal, y concluyó en su exclusión por cuanto no puede ocurrir una doble sanción por el mismo hecho, véase entonces, que en nada refirió o consideró la Sala sobre una indebida acumulación entre la declaración de la existencia de la relación laboral y la indemnización por despido sin justa causa, lo que permite concluir sin mayores esfuerzos, que la decisión contenida en el numeral primero de la resolutive del auto del 29 de abril de 2014, obedeció a un error de digitación, más no a una real motivación e intención de lo decidido al real sentir y motivación

Para esta Sala, erró la A Quo al aseverar que no debía interpretar, ni corregir las decisiones dictadas por su superior jerárquico, pues los funcionarios cuentan con mecanismos para efectuar control de legalidad en cada etapa del proceso, máxime cuando hay errores judiciales evidentes.

En ese sentido, el artículo 48 del CPTSS establece que el Juez Laboral es un verdadero director del proceso, con facultades para esclarecer la verdad real y saneamiento de errores que advierta dentro del trámite procesal para lograr la finalidad de impartir justicia material en los casos concretos sometidos a su consideración, y por su parte, el CGP dispone que el juez, al interpretar la ley procesal debe tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial¹¹, siendo su deber “*Prevenir, remediar y sancionar por los medios que este Código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso (...)*”¹², por lo cual está llamado a declarar la verdad real, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política¹³.

En efecto, la irregularidad continuada no genera derecho, así lo dilucidó la Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado al indicar que **el auto ilegal no vincula al juzgador**, puesto que: i) La actuación irregular del juez, en un proceso, no puede atarlo en el mismo para que siga cometiendo errores, porque lo interlocutorio no puede prevalecer sobre lo definitivo¹⁴; ii) El error inicial, en un proceso, no puede ser fuente de errores sucesivos¹⁵.

¹¹ Artículo 4 del Código de Procedimiento Civil – Artículo 11 del Código General del Proceso

¹² Artículo 37, numeral 3 del Código de Procedimiento Civil – Artículo 42 numeral 3 del Código General del Proceso

¹³ Inciso final artículo 2 y Artículos 29, 83 y 228

¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 23 de marzo de 1981. Sala de Casación Civil. Reitera lo dicho en otras providencias, que pueden verse en la Gaceta Judicial LXX, 2; LXXVII, 51 y XC 330. Proceso Enrique A. Fuentes contra Herederos de José Galo Alzamora.

La Alta Corporación admite la potestad de enmienda oficiosa de los errores judiciales en el proceso, así no configuren causal de nulidad procesal, ni se hubiere alegado por las partes, al exponer: *“¿Si en la actualidad, en primer término, los errores judiciales han sido corregidos por tutela (art. 86 C. N), cuando por una vía de hecho se quebrantó un derecho constitucional fundamental, y en segundo término, han sido indemnizados los perjuicios ocasionados por haberse causado un daño antijurídico (art. 86 C.C.A), por el error judicial ¿por qué no corregir el error y evitar otro juicio, si es que hay lugar a ello?”*

Recuérdese que la ley Estatutaria de Administración de Justicia define el error judicial como *“el cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley”*¹⁶ y es por ésta razón que el juez: **i)** No debe permitir con sus conductas continuar el estado del proceso, como venía, a sabiendas de una irregularidad procesal que tiene entidad suficiente para variar el destino o rumbo del juicio; **ii)** No está vendado para ver retroactivamente el proceso, cuando la decisión que ha de adoptar dependería de legalidad real, y no formal por la ejecutoria de otra anterior. **iii)** Tal circunstancia conduce al juzgador a adoptar medidas sobre la irregularidad de lo actuado, declarando el error advertido y, en consecuencia, la insubsistencia de lo actuado.

Así, como el auto ilegal no vincula al juez, y el error judicial en un proceso no puede ser fuente de derechos, resulta proceda que el juzgado invalide lo actuado por las irregularidades que advierta en el proceso.

También resulta de suma importancia, recabar sobre **el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades del proceso**, contemplado en el artículo 228 de la Constitución Política, el cual tiene desarrollo legal en el artículo 11º del CGP, aplicable al procedimiento laboral por remisión analógica del artículo 145 del CPTSS, en virtud del cual, se establece para el Juez la regla consistente en que al momento de interpretar las normas de carácter procesal, *“...deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial...”*

¹⁵ Corte Suprema de justicia. Sala de Casación Civil. Auto de febrero 4 de 1981. Proceso abreviado suscitado por Juan de la Cruz Acevedo contra Magnolia Rosa Gómez.
Consejo de Estado. Sección Tercera. i) Auto de 8 de octubre de 1987. Exp. 4686. Actor: Sociedad Blanco y Cía. Ltda. Demandado: Municipio de Funza. ii) Auto de 10 de mayo de 1994. Exp. 8.237. Actor: Comunidad Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento.

¹⁶ Artículo 65

De lo que viene de decirse, al desconocer la real intención y motivación de lo decidido por el Tribunal cuando resolvió sobre la apelación del auto que resolvió las excepciones previas, y aplicar de forma aislada la parte resolutive de ello, la juez de instancia dejó en suspenso la materialización del derecho sustancial, dando prevalencia a lo formal, abstrayéndose de pronunciarse sobre las aspiraciones de los contendientes, sin resolver de fondo la controversia puesta a su consideración, implicó el desconocimiento de los derechos al acceso a la administración de la justicia y debido proceso de las partes, **máxime cuando tal determinación devino de un simple error de digitación** como ya se dijo, razones suficientes para **revocar** la decisión de instancia, y en su lugar, **efectuar un análisis de fondo de lo pretendido**, excluyendo del estudio las pretensiones dirigidas a obtener el reintegro y la indemnización por despido sin justa causa, por lo ya motivado.

ii. Naturaleza del vínculo que unió a las partes – intermediación laboral.

La Libelista afirma que suscribió contrato con la empresa temporal Eficacia S.A, para ser enviada en misión a Indega S.A., entre el 15 de febrero de 2008 y el 18 de diciembre de 2010, por fuera de los preceptos legales, desplegando la labor encomendada de televendedora de forma personal y acatando las instrucciones y horario estipulado por Indega S.A. por ello, aspira se declare que existió una verdadera relación laboral con ésta; en tanto, quienes integran la pasiva desconocen la naturaleza del vínculo.

Pues bien, según el alcance del artículo 22 numeral 2 del CST, el empleador es quien remunera y se beneficia de la prestación del servicio. A su vez, el artículo 34 del CST define el contratista independiente como el verdadero empleador que contrata la ejecución de obras, o la prestación de servicios en beneficio de terceros, con asunción de todos los riesgos, realizando la labor con sus propios medios, y autonomía técnica y directiva. El **artículo 71 de la Ley 50 de 1990** establece que las empresas de servicios temporales -EST- están autorizadas para proveer a terceros, personal en misión, de manera **transitoria**, en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, -trabajadores en misión-, que son contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador, a quienes se les aplica lo dispuesto en el CST y demás normas del régimen laboral.

Prevé el artículo 74 del ibídem respecto de los trabajadores en misión que “(...) *son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos.*”; a su vez, los artículos 82 y 83 de la norma citada, nos indican que para que una entidad opere legalmente como Empresa de Servicios Temporales -EST- requiere de **autorización** otorgada por el Ministerio del Trabajo, quien concede una **licencia de funcionamiento**. Así, inclusive el **artículo 93** establece una multa a cargo de la entidad que ejerza actividades propias de las EST sin estar autorizado para ello, así como para la usuaria que se beneficie de dichos servicios.

Además, es claro que en el **Artículo 77**, se estableció que los usuarios de las empresas de servicios temporales **sólo** podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del CST.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.

Ahora, mediante el **Decreto 4369 de 2006** por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las EST, se incluyeron disposiciones con miras a evitar el uso abusivo de la contratación laboral por medio de este tipo de empresas; así, el artículo 7 consagró lo atinente al trámite de autorización de funcionamiento de las EST ante el Ministerio del Trabajo; el artículo 10 previó que “*No podrán ejercer la actividad propia de las Empresas de Servicios Temporales, aquellas que **tengan objeto social diverso al previsto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990**; las que **no estén debidamente autorizadas por el Ministerio de la Protección Social** para el desempeño de esa labor (...).*”. De lo anterior se desprende que las EST son las **únicas** entidades autorizadas en el ordenamiento jurídico colombiano para el envío de trabajadores en misión.

El **parágrafo del artículo 6** señala que, si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga, **la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste**

en la empresa usuaria, ésta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente EST, para la prestación de dicho servicio.

En el **artículo 20** se consagraron *Multas que debe imponer* el Ministerio de la Protección Social, en diverso caso, entre ellos cuando **cualquier persona natural o jurídica realiza actividades propias de las EST sin la correspondiente autorización del Ministerio**. También procede la multa cuando la empresa usuaria contrate Servicios Temporales contraviniendo lo establecido en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, referido a los tres eventos en los que se puede contratar con EST

Finalmente, el **parágrafo 1°** señala que “Las sanciones de que trata el presente artículo se aplicarán sin perjuicio de la responsabilidad solidaria existente entre la Empresa de Servicios Temporales y la empresa usuaria, y entre ésta y quien suministra trabajadores de forma ilegal”.

Al respecto, la H. Sala Laboral de la CSJ ha concluido que en eventos en los que una persona jurídica actúe como EST –esto es, envíe trabajadores en misión- sin tener autorización para ello, o lo haga por fuera de los límites legales, es imperioso concluir que se trata de un **simple intermediario** en los términos del artículo 35 numeral 2 del CST, siendo **verdadero empleador** quien se benefició del servicio de los supuestos trabajadores en misión. Así lo concluyó en sentencias como la **SL 9435 de 1997, SL17025 de 2016** y en la **SL3520 de 2018 -reiterada en la SL467 de 2019 y SL2797 de 2020-**, donde señaló:

“Al desatar el recurso de apelación que formularon el demandante y la EST Labor Empresarial S.A., orientado a que se condenara a la empresa usuaria, el Tribunal descartó su eventual responsabilidad bajo el argumento de que la «verdadera empleadora» y, por tanto, única obligada es la empresa de servicios temporales, reflexión que le llevó sin mayores razonamientos a abstenerse de considerar una eventual responsabilidad de la empresa cliente.

*Tal abordaje jurídico resulta desacertado habida cuenta que, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, es posible en determinadas circunstancias considerar a la empresa usuaria como verdadera empleadora y la EST como simple intermediaria, responsable solidaria de las obligaciones laborales contraídas por la primera. Ello, ocurriría cuando la empresa de servicios temporales **no está autorizada para prestar ese servicio** o cuando en desarrollo del mismo infringe las normas que regulan el servicio temporal, como sería el caso en que la contratación para la atención de incrementos en la producción o la prestación de servicios exceda el término de 1 año.*

En efecto, en la sentencia CSJ SL17025-2016, la Corte consideró:

(...)

*Así, el contrato comercial celebrado entre la empresa usuaria y la EST debe observar, reconducirse y explicarse en función de estas tres posibilidades de provisión de servicios temporales, lo cual significa que el uso de esta figura para vincular personal en misión en el marco de un proceso que no encaje en estas causales o que desborde los límites en ella previstos, socava su legalidad y legitimidad, y hace desaparecer el sustento contractual-normativo que justifica la presencia de los trabajadores en misión en la empresa beneficiaria. Por ello, ante la falta de un referente contractual válido, la EST pasa a ser un simple **intermediario en la contratación laboral, que no confiesa su calidad de tal (ficto o falso empleador), y la empresa usuaria adquiere la calidad de verdadero empleador**". (Negritas y subrayado propios)*

Más adelante, el Alto Tribunal razonó que, al infringirse las reglas del trabajo temporal, debe concluirse que existe un contrato de trabajo a término indefinido entre el empleado y la denominada usuaria, predicándose la **responsabilidad solidaria** entre el verdadero empleador –supuesta empresa usuaria- y el simple intermediario –entidad que funge como EST-:

"La infracción de las reglas jurídicas del servicio temporal conduce a considerar al trabajador en misión como empleado directo de la empresa usuaria, vinculado mediante contratos laboral a término indefinido, con derecho a todos los beneficios que su verdadero empleador (empresa usuaria) tiene previstos en favor de sus asalariados. A su vez debe tenerse a la empresa de servicios temporales como simple intermediaria, que, al no manifestar su calidad de tal, está obligada a responder solidariamente por la integridad de las obligaciones de aquella".

Lo anterior debe mirarse a la luz del principio laboral y constitucional de primacía de la realidad sobre las formas, cuya finalidad no es otra que propender por la verdad sobre las apariencias, la transparencia en las relaciones laborales, postulado edificado sobre valores éticos de alta responsabilidad social; y es por ello, que el operador jurídico tiene el deber de desentrañar esa verdad cuando se acude a mecanismos alternos de contratación con el fin de encubrir relaciones laborales y eludir el pago de obligaciones que de ellas se desprende, lo cual obliga un juicioso análisis del acervo probatorio para la materialización del referido principio.

Para definir el problema jurídico planteado en este aspecto, ha de iterarse que conforme al artículo 167 del CGP, incumbe a la demandante demostrar su dicho, con miras obtener el pago de los derechos reclamados en la demanda, debiendo acreditar la prestación personal del servicio remunerado y los extremos temporales alegados en

la demanda; siendo del resorte del demandado de quien se reclama ser el verdadero empleador, desvirtuar que el servicio se prestó bajo subordinación¹⁷.

La parte demandante pretendió formar el convencimiento judicial en torno a la prestación del servicio durante el referido periodo mediante los documentos aportados al radicar la demanda, con los interrogatorios de parte de los representantes legales de la contraparte y las declaraciones de quienes llamó como testigos. A su vez, quienes conforman la pasiva, pretendieron desvirtuar la alegada relación laboral con Indega S.A., con la documental allegada al contestar la demanda, el interrogatorio de parte de la demandante y las declaraciones de quienes citaron como testigos.

Así, de la prueba documental allegada por ambas partes, se tiene que:

- Entre Paulina Marcela Ospina García y Eficacia S.A. se suscribió formalmente contrato de trabajo por duración de la obra o labor el 15 de febrero de 2008¹⁸, para desempeñar el cargo de Televendedor en donde se registró como **Usuario** a “**Industria Nacional de Gaseosas**”; y en su cláusula 5.15 se consagró lo siguiente: “Dar cumplimiento a los Reglamentos, las Políticas, Procedimientos e Instrucciones dadas por la empresa USUARIO”. De dicho contrato se suscribieron múltiples otrosíes del 15 de febrero de 2008¹⁹ y 7 de julio de 2008²⁰.

- Obran múltiples colillas de nómina²¹ de la demandante del cargo de televendedora donde figura como empleador EFICACIA S.A., así como constancia de pago al Sistema de Seguridad Social de la actora²² y traslado de cuenta de Cesantías en Protección S.A.²³, en donde aquella funge como aportante.

- Su contrato finalizó unilateralmente y sin justa causa el 18 de diciembre de 2010²⁴.

- Mediante certificado expedido el 14 de julio de 2011 Eficacia S.A. certificó que la demandante devengó un salario ordinario variable mensual, entre los que obtuvo

¹⁷ SI 5587 de 2018, SI 5029 de 2018 -hace a su vez transcripción parcial de la SI 6621 de 2017 y 40273 de 2011, entre otras-.

¹⁸ 01PrimerInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 88/89; 192/193

¹⁹ 01PrimerInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 195

²⁰ 01PrimerInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 196/197

²¹ 01PrimerInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 15/69 y 202/272

²² 01PrimerInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 200/201

²³ 01PrimerInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 199

²⁴ 01PrimerInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 87 y 198

como promedio anual en el 2008 el de \$800.654, en el 2009 \$1'013.120 y en el 2010 de \$1'078.139²⁵.

En torno al objeto social de las demandadas y el vínculo que las unió, se encontró, el Certificado de Existencia y Representación Legal de Eficacia S.A.²⁶, donde no está constituida como una EST, por el contrario, su objetivo principal es el de prestación de servicios a terceros en todas las áreas, incluyendo la de mercadeo y **ventas**. Por su parte, del Certificado de Existencia y Representación Legal de Indega S.A.²⁷ en la ciudad de Medellín es la “*Elaboración, distribución y **venta** de bebidas no alcohólicas*”.

A su vez, se allegaron copias de oferta para prestación de servicios del 2 de febrero de 2007²⁸, la OFOPS-0000631²⁹ entre Eficacia S.A. como oferente e Indega S.A. como destinataria, del 16 de febrero de 2008 y la OFOPS-0000227³⁰ del 26 de febrero de 2010, con sus respectivas órdenes de compra en señal de aceptación³¹, relación comercial aceptada por ambas demandadas al contestar la demanda y al rendir declaración de parte como se verá más adelante,

En las dos primeras ofertas, se describe el objeto de la oferta en torno a la “*prestación de sus servicios relacionados con las actividades de distribución, **ventas** y mercadeo; actividades de logística interna y actividades complementarias (...)*” y el último “*el mantenimiento de equipo frío, atención aumento en producción, actividades relacionadas con mercadeo, **ventas** y demás servicios relacionados con el área comercial (...)*” en general, en los términos y condiciones dispuestos por la destinataria, en diversas ciudades, incluyéndose Medellín.

De otro lado, las declaraciones recibidas en primera instancia expresan en torno a las condiciones en que se prestó el servicio en favor de Indega S.A., sus extremos temporales y remuneración, lo siguiente:

²⁵ 01PrimeralInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 86

²⁶ 01PrimeralInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 70/77

²⁷ 01PrimeralInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 80/84

²⁸ 01PrimeralInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 330/338

²⁹ 01PrimeralInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 319/327, 339 y 349/351

³⁰ 01PrimeralInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 340/348

³¹ 01PrimeralInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 328/329

| | |
|--|---|
| <div>Luz Andrea Gil Zapata</div> <div>-Testigo demandante-</div> <div>32</div> | <p>Conoce a la demandante desde el año 2008 cuando ingresó a laborar en Coca-Cola y la actora ya estaba vinculada desde 3 meses antes. <u>Refirió que Paulina Ospina era vendedora en dicha empresa a través de un contrato con Eficacia S.A., empresa temporal quien la envió en misión por tiempo indefinido, por un</u> poco más de dos años; afirmó que en Eficacia S.A. tenía un salario fijo de \$800.000 más comisiones que eran aparte, y se pactaban de acuerdo al cumplimiento de las ventas que Cocacola les asignaba; el pago lo hacía Eficacia S.A. con el dinero que aquella le trasladaba. Indicó que a los trabajadores les daban una carta cada año con el aumento de salario, el cual se les entregaba en Coca-Cola, y esta empresa era quien les pagaba las comisiones. Contó que Paulina trabajaba como televendedora, vendía productos de Coca-Cola por teléfono, atendía al cliente en las oficinas de esa misma empresa y en ocasiones se desplazaba a atender eventos externos; recibía instrucciones de directivos de Coca-Cola; tenía un horario de lunes a viernes de 7 am a 6 pm y sábados de 8 am a 5 pm; cuando había eventos o en diciembre el horario era de 7 am a 10 pm, su horario para almorzar era a las 12 pm, que era determinado por <u>Alejandro Sastoque</u>, jefe de Coca-Cola; en esta empresa se imponían metas a todos los vendedores, incluida Paulina, a través de la Jefe de Mercadeo llamada <u>Yolanda</u>, también señaló que la demandante debía trabajar horas extras pero no se las pagaban y laboraba algunos domingos, dependiendo de la temporada, como en diciembre que se trabajaba todo el mes; portaba uniforme que eficacia les daba con logos de Coca-Cola.</p> <p>La testigo desconoce la diferencia entre el sueldo fijo promedio por Eficacia S.A. y lo realmente cancelado en los desprendibles de pago de la demandante, pero asevera que a ésta nunca se le pagó lo prometido, lo que conoce porque el mismo documento que le entregaron a la demandante se lo dieron a ella y lo vio directamente. Sabe que Paulina fue despedida sin justa causa por parte de Eficacia S.A., pero desconoce si le cancelaron alguna indemnización o quién se la canceló. Indicó que el cumplimiento de ventas y efectividad, se reflejaba en la nómina solo como comisiones, pero negó conocer las condiciones para el pago de comisiones porque no conoció el contrato de trabajo de la demandante, y los otrosí, ni sabe cuáles eran sus cuotas, ni si cumplía con ellas. Indicó que lo relacionado con</p> |
|--|---|

³² 01PrimeraInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 384/390

| | |
|--|---|
| | <p>novedades de nómina como ausentismo se le informaban al señor Alejandro Sastoque.</p> |
| <p>Carlos Mario Yepes Yepes³³ -Testigo Indega S.A.-</p> | <p>Es gerente comercial de Indega. Conoce a la demandante solo por referencia, más no personalmente. Sabe que fue televendedora de Eficacia S.A., enviada en misión a Indega S.A., pero desconoce cómo fue su vinculación, por cuanto tiempo laboró y cuál era su salario.</p> <p>Explicó que con Eficacia S.A. en la ficha técnica se negocia un salario variable y uno fijo para sus empleados; que la función de la televendedora es llamar clientes, verificar el servicio y vender; esta recibía instrucciones a través de Juan Esteban Álvarez, coordinador de Eficacia S.A., quien además asignaba las metas y determinaba los horarios por labor de ventas, o en su defecto el auditor del servicio Robert Franco; estos, realizaban los llamados de atención y sanciones y a quienes se les informaba cualquier novedad de nómina. Añadió que no había un horario establecido y que: <i>“dependiendo de que cumplieran su labor de ventas, que es llamar a los clientes, asegurar la efectividad de la venta y cumplir unas cuotas de ventas, las que eran más eficientes podían salir más temprano. Esa jornada podía exceder la máxima laboral de 8 horas, porque ellas tienen un contrato por obra destinada a una ejecución de volumen de ventas, su salario es variable y depende de esos resultados, no es asignación fija”</i>. Más adelante <u>precisó que el cumplimiento de ventas y la efectividad eran dos componentes que hacían parte del salario variable por resultados, y su cumplimiento dependía de parámetros y gestión de cada televendedora, en caso de no llegar a la meta del mes, se les reconocía el salario fijo. Sabía del horario de los televendedores porque estaban en el edificio comercial donde se encuentran ubicadas sus oficinas, por lo que venía entrar y salir personal de Eficacia S.A. en diferentes horarios.</u></p> <p>Señaló que los beneficiados por los servicios prestados por la demandante eran los clientes de la compañía CocaCola, dado el contrato comercial entre Indega S.A. y Eficacia S.A., de prestación de servicios para atender clientes, pero niega saber desde cuándo esta última tiene contratos laborales con el personal para la prestación de servicio de atención de clientes, resaltando que es una sociedad</p> |

³³ 01PrimerInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 391/399

| | |
|---|--|
| | <p>autónoma e independiente, respecto de su capital y personal, así, el servicio de televentas y preventa son servicios especializados que contrata Indega con esta sociedad, y los salarios, su monto, las prestaciones son cancelados por Eficacias S.A.. por ello, ni la demandante ni ninguna televendedora tiene relación laboral con Indega S.A.</p> <p>Desconoce cuál era la hora de almuerzo de la demandante, si debía trabajar horas extras o domingos, o cómo se pagaban los conceptos, ni cuándo salió de Eficacia S.A., las causas del despido, o si la reemplazaron, ni cuál es el objeto social de Eficacia S.A., solo conoce que ésta presta personal en misión para el proceso de televentas. Contó que entre los años 2008 a 2010 Indega S.A. tenía en su estructura comercial jefes de ventas y gerentes de ventas, pero negó que tuvieran una relación directa con los empleados de televenta de Eficacia S.A., de dicha época.</p> <p>Aceptó conocer al señor José Guillermo Ochoa Restrepo, quien fue empleado de Indega S.A. como revendedor y se reubicó por limitaciones físicas, tenía como funciones atender los clientes en sus necesidades de producto CocaCola, entre otros, pero desconoce cuál era su salario.</p> |
| <p>Juan Esteban Álvarez Ríos³⁴</p> <p>-Testigo Eficacia S.A.-</p> <p>El testigo fue tachado por sospecha porque actualmente es empleado-jefe de Eficacia por lo que su testimonio puede parcializarse en su favor. Está de testigo en más de 30 procesos labores por los mismos hechos.</p> <p>El Despacho señaló que resolvería la tacha al</p> | <p>Aceptó conocer a Paulina Ospina desde hace 4 años, porque trabajaron juntos en Eficacia S.A., él fue su jefe. La actora era televendedora en Eficacia S.A. y fue enviada en misión a Indega S.A. hasta el 20 de diciembre de 2010, pero no recuerda desde que año inició, su contrato fue terminado sin justa causa con el pago de la respectiva indemnización.</p> <p>Señaló que tenía un salario básico más uno variable por resultados, estos estaban medidos en 2 ítems, una comisión por venta y un incentivo por efectividad; el televendedor tenía comisiones por ventas si alcanzaba sus resultados indicados para cada mes, es decir, el cumplimiento por ventas y por efectividad se traducían en la nómina como comisiones e incentivos. Precisoó que el salario referencia, era lo que Paulina podría llegar a devengar si, el salario por resultados se cumplía al 100%, es un termino distinto, era igual al salario fijo</p> |

³⁴ 01PrimeraInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 403/414

| | |
|-------------------|---|
| dictar sentencia. | <p>separado del salario variable. Afirmó que a la actora le cancelaron todos los conceptos laborales de forma completa y oportuna durante toda la relación laboral, <u>el salario se pagaba en quincenas los días 10 y 25 de cada mes, en la primera el salario fijo más lo correspondiente al salario variable por resultados obtenidos en el mes anterior y en la segunda el salario más el salario variable por efectividad.</u></p> <p>Las funciones de la demandante eran llamar a cada cliente de su ruta, tomar el pedido, hacer presión de ventas (ofrecer el portafolio al cliente), digitar el mismo en el sistema; Eficacia S.A. definía metas/cuotas para establecer el resultado y si se cumplía o no, las cuotas se fijaban en unidad de cajas a vender, las que daban un cumplimiento por ventas y sobre ello se materializaban en peso, y esas cuotas son variables, cambiaban cada mes.</p> <p>Aceptó ser quien daba las órdenes a Paulina y aunque no recuerda el horario que tenía la actora, explicó que dentro del contrato entre Eficacia S.A. y CocaCola había parámetros de servicio que debían respetarse, y que excepcionalmente, como en temporada alta se programaba labores para los días domingos; él era quien les hacía entrega del uniforme, el cual según el contrato de prestación de servicio entre Eficacia S.A. y CocaCola, se estipuló que tendría unas especificaciones de diseño, por lo que la camisa tenía logo de CocaCola. El deponente dijo ser quien reportaba las novedades laborales de la actora y procesaba la información sobre el cumplimiento de ventas.</p> <p>Refirió que Eficacia S.A. era quien se beneficiaba de los servicios prestados por Paulina, y que prestó personal en misión a otras empresas, entre ellas, Indega S.A., pues se dedica a suministrar personal a otras empresas para prestar servicios con total independencia y autonomía en lo financiero y administrativo, por lo tanto es quien contrata y despide al personal, y las sanciones las impone el personal de eficacia que se encuentran en las instalaciones de CocaCola, y a estos también se les reporta una incapacidad o un permiso. Adujo que los jefes directos de Eficacia S.A. permanecían en las instalaciones de CocaCola, para administrar el personal de su empresa y estar en contacto directo con ellos, y afirmó que ningún empleado de Indega S.A. suministró nunca órdenes o</p> |
|-------------------|---|

| | |
|---|--|
| | <p>sanciones a la señora Paulina.</p> <p>Aceptó conocer a Cristian Leonardo Pérez Zapata, trabajador de CocaCola, pero no recuerda desde cuando labora para ellos ni su salario, así como a la señora Catalina Urrego quien trabaja en CocaCola como jefe de reparto, pero negó que entre febrero de 2008 y diciembre de 2010 le diera órdenes a Paulina.</p> <p>Indicó que en CocaCola si existían jefes de venta, pero no recuerda sus nombres. Desconoce si la actora tuvo llamados de atención, si se le notificaba cada año el incremento de su salario fijo mensual, cuál era su horario de almuerzo, o si debía trabajar horas extras para cumplir con sus metas.</p> |
| Liliana Patricia Eusse -Representante Legal Indega S.A.-³⁵ | Aceptó que para el 18 de diciembre de 2010 se encontraba laborando para Indega S.A. y negó conocer a Paulina Ospina. |
| Diana Cristina Orrego -Representante Legal Eficacia S.A.-³⁶ | <p>Trabaja para Eficacia S.A. desde junio de 2010. Aceptó conocer a Paulina Ospina porque trabajó para la compañía que representa, mediante contrato de obra o labor para desempeñarse como televendedora, <u>negó que haya sido enviada a laborar en misión a Indega, porque Eficacia S.A. no es empresa de suministro de personal temporal, la actividad desempeñada se hacía con autonomía técnica y administrativa, y era con subordinación exclusiva de esta.</u> Actúa como contratista independiente desarrollando actividades externalizadas por otras compañías que la contratan.</p> <p>Al ser preguntada por lo indicado en el numeral 5.15 del contrato de obra o labor, sobre las obligaciones especiales del trabajador, cuando allí se habla de “empresa usuaria”, respondió; “conozco de forma general el contrato pero no de forma puntual cada uno de sus literales o numerales” y negó conocer si la empresa usuaria a la que se refiere dicho numeral es Indega S.A., y explicó que Eficacia S.A. tenía un contrato comercial con esta última, para la prestación de un servicio de televenta o telemercadeo, y para su desarrollo tenía una oficina dentro de las instalaciones de Indega S.A., en la que el personal directo, entre coordinadores y televendedores, desplegaban el objeto del contrato</p> |

³⁵ 01PrimerInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 416/417

³⁶ 01PrimerInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 417/422

| | |
|---|---|
| | <p>comercial, lo cual se le explica a los trabajadores en la inducción.</p> <p>Indicó que como política de la empresa, los salarios del personal son ajustados anualmente, pero desconoce como se le comunicaba a la demandante ello, por ser una tarea operativa.</p> <p>Negó conocer que EFICACIA se hace pasar como empresa temporal en redes sociales, así como lo aludido en torno a que Indega daba órdenes a través de los jefes de venta según lo dispuesto en la cláusula 5° del numeral 5.15, y precisó que el personal de televenta tenía dos coordinadores que estaban todo el tiempo revisando la ejecución de la operación e impartiendo instrucciones; tampoco conoce si las unidades de ventas que debía realizar la demandante estaban estipuladas en el contrato, ni si esta laboró dominicales y festivos.</p> |
| <p>Paulina Marcela Ospina García -Demandante-³⁷</p> | <p>Aseguró que el contrato de obra o labor que suscribió con Eficacia S.A. para trabajar en misión para Indega S.A., y la primera era la encargada de pagar su salario y prestaciones sociales, y fue quien finalizó su contrato de trabajo sin justa causa, por el cual aceptó que le pagaron la suma de \$2'242.749. Adujo que el señor Juan Estaban Alvarez fue coordinador de Eficacia S.A. en cocacola, y solo les daba los uniformes y colillas de pago. Señaló que esta empresa tenía dos escritorios dentro de las instalaciones de Indega S.A., y que los jefes de esta última eran quienes determinaban su jornada laboral.</p> <p><u>Manifestó que su salario lo componía un salario fijo y unas comisiones por ventas, y su compromiso con Eficacia S.A. fue el de laborar para CocaCola, quienes le fijaban una cuota de ventas y los clientes para contactar, y mensualmente debía cumplir con el presupuesto respecto a las ventas que le asignaba esta última,</u> (pero negó conocer qué son tablas de efectividad), la cuota era mes a mes, y desconoce si este cumplimiento de ventas se reflejaba en su colilla de pago como comisiones, puesto que a ella en el pago le incluían el salario básico y las comisiones por ventas, y no recuerda cómo se reflejaba el cumplimiento por efectividad en su nómina. Desconoce si las comisiones o incentivos eran factores prestacionales.</p> |

³⁷ 01PrimeraInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 422/426

| | |
|--|--|
| | <p>Negó que Eficacia hubiese realizado los pagos de salarios y prestaciones según lo acordado, al respecto señaló: <i>“(…) cuando firmé el contrato con ellos me ofrecieron un salario básico legal mínimo que había y a los 3 meses a través de una carta me informaron de un incremento de mi salario básico el cual nunca me pagaron y así respectivamente los 3 años que estuve con ellos siempre me pagaron el salario mínimo del gobierno, nunca el que me informaron en las cartas y con respecto a las cesantías y vacaciones eso si me lo pagaron de acuerdo a lo que ellos me pagaban, los demás conceptos me los pagaron de acuerdo al salario que ellos mismos me pagaban, vacaciones primas y cesantías y los intereses a las cesantías”</i>. También <u>negó que los coordinadores de Eficacia S.A. que permanecían en Indega S.A. le dieran órdenes, puesto que estas las recibía de jefes directos de CocaCola como Alejandro Sastoque, Catalina Orrego y Valentina Castro.</u></p> <p>Explicó que su cumplimiento de metas con Indega S.A. consiste en cumplir una cuota de metas por mes, para lograr comisiones por ventas aparte de su salario básico, no recuerda qué era el cumplimiento por efectividad, solo sabía que debía lograr que cada cliente que llamara le comprara productos, su salario podía variar mensualmente acorde a lo que vendiera, pero su salario básico era siempre igual.</p> |
|--|--|

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Itagüí surtió Despacho Comisorio con el fin de recibir la siguiente testimonial:

| | |
|--|---|
| <p>Mónica Lucía Hurtado Sánchez -Testigo Eficacia S.A.-³⁸</p> <p>La testigo fue tachada por sospecha porque desempeña un cargo directivo en Eficacia S.A. y depende laboralmente de esta. Además,</p> | <p>Conoce a la demandante porque ambas trabajaron en Eficacia, esta por el lapso de 2 años entre febrero de 2008 y diciembre de 2010 como prevendedora telefónica, que describió como un Call center, donde tienen un listado de clientes para llamar y ofrecer los productos de Indega para la venta, ofrecen promociones de temporada; señaló que su horario dependiendo de los eventos y del cumplimiento de ventas de ese mes, podía ser de 6 a 2 o 2 a 10, u 8 a 5, de lunes a sábado; el salario se componía de 2 factores, un salario básico y un salario variable, que estaba determinado por el cumplimiento en ventas que generaba una comisión y un cumplimiento por efectividad que</p> |
|--|---|

³⁸ 01PrimeraInstancia; 03Expediente1520110985C01.pdf. págs. 81/89

| | |
|--|--|
| <p>también funge como testigo en diferentes procesos que se tramitan en los despachos judiciales.</p> <p>El Despacho señaló que resolvería la tacha al dictar sentencia.</p> | <p>generaba un incentivo, ambos de acuerdo a unas tablas de cumplimiento y ambos prestacionales, pero no puede decir cuál era el salario promedio devengado por la actora, el usado para su liquidación fue el salario con el cual firmó el contrato. Preciso que el cumplimiento por efectividad estaba condicionado al cumplimiento por parte de la actora de las tablas de cumplimiento por efectividad, las tablas de cumplimiento definen el presupuesto a cumplir para poder lograr su comisión por venta y su incentivo por efectividad (las cuales, afirmó, eran definidas por Eficacia S.A. sin injerencia de Indega S.A.), de manera que entre mayor fuera el cumplimiento de ambos más alto podría ser su salario, y tal composición estaba estipulada en el otrosí del contrato. El salario fijo se incrementaba de conformidad con lo establecido por la ley, el variable según las tablas de cumplimiento y el de efectividad y de venta dependían directamente de los resultados del mes anterior, de las ofertas de temporada y hasta del clima, y así reseñó el procedimiento: <i>“Al principio de mes el coordinador informa las tablas de cumplimiento del mes a cada empleador, al finalizar el día de labores consolida la información para ir informando paulatinamente como ha sido el cumplimiento por persona al día siguiente”</i>.</p> <p>Dijo que mensualmente se informaba a la demandante el presupuesto de venta y de efectividad que se debía cumplir, a través del coordinador Inhouse o interno – Juan Esteban Álvarez-, quien era un empleado directo de Eficacia S.A. y tenía una oficina dentro de las instalaciones del cliente de Indega, debido a que fue una de las condiciones dentro del servicio pactado con el cliente; este coordinador fungía como jefe inmediato de Paulina, el cual también se encargaba de darle instrucciones, liquidarla, y manejar en general todo lo concerniente a su contrato. Le fue entregada dotación por parte de la empresa.</p> <p>Señala que la compañía cumplió con la remuneración prometida a la actora, porque al consultar la base de datos se observan las colillas de pago de nómina, donde están los conceptos liquidados por comisiones e incentivos, lo cual aparece discriminado de su salario fijo; las comisiones se liquidan en la primera quincena del mes siguiente, y los incentivos por efectividad en la segunda quincena con su salario fijo. Los salarios, prestaciones fueron pagadas de forma oportuna y según lo convenido.</p> |
|--|--|

| | |
|---|---|
| | <p>Contó que la demandante fue despedida sin justa causa con el pago de indemnización correspondiente, pero desconoce cómo fue liquidada. Que el jefe de Juan Esteban Álvarez era Robinson Angarita, trabajador directo de Eficacia S.A.</p> <p>Negó que Eficacia S.A. haya convenido pacto colectivo, que sea una empresa de servicios temporales, sino una de prestación de servicios de outsourcing, esto es, servicios a terceros, por lo que nunca envió en misión a la trabajadora, e indicó que Eficacia S.A. dejó de prestar servicios a Indega desde enero de 2011. Desconoce si la demandante trabajó horas extras en el desarrollo de su contrato laboral.</p> <p>Adujo conocer lo manifestado porque trabaja en Eficacia S.A. desde hace más de 15 años, y en virtud de los grupos primarios donde se comparte información de negocios, líneas de servicios implementadas con sus condiciones.</p> |
| <p>Robinson Navarro Angarita</p> <p>-Testigo Eficacia S.A.-³⁹</p> <p>El testigo fue tachado por sospecha porque fue jefe inmediato de la demandante y al servicio de Eficacia S.A., y se ha desempeñado como trabajador-jefe de las demandadas, y ha sido testigo en más de 20 procesos por los mismos hechos, donde fungen como demandantes compañeros de la señora Paulina</p> <p>El Despacho señaló que</p> | <p>Es responsable del área de Gerenciamiento de Eficacia S.A., y aunque no conoce a la demandante, conoce su caso por el rol desempeñado en la empresa, esta inició en Eficacia S.A. en febrero de 2008 y finalizó su contrato por obra o labor en diciembre de 2010 en el cargo de televendedora, su salario de referencia constaba de dos variables, un componente fijo y uno variable, basado en resultados, que a su vez tenía dos componentes, a saber, ventas y efectividad, y al ser variable no puede afirmar cual era el salario devengado por la demandante, y afirmó que tal modalidad se estipuló desde el inicio de la relación laboral y se plasmó en el otro si del contrato de trabajo.</p> <p>Refirió que el cumplimiento por efectividad estaba condicionado al cumplimiento por parte dela demandante de las tablas de cumplimiento por efectividad y las de cumplimiento por ventas, las que indicaban los presupuestos mínimos y máximos que debería cumplir la demandante para obtener comisiones e incentivos, lo cual fue explicado a través del coordinador de Eficacia S.A. -Robert Franco o Juan Esteban Álvarez-, quienes tenían una oficina en las instalaciones del cliente Cocacola ello, porque dentro de los acuerdos de servicio establecidos con el cliente se decidió tener los dos coordinadores para solucionar todos los</p> |

³⁹ 01PrimeraInstancia; 03Expediente1520110985C01.pdf. págs. 95/100

| | |
|--|--|
| resolvería la tacha al dictar sentencia. | <p>problemas de los empleados, entonces fungieron como jefes inmediatos de la demandante, y resaltó el testigo que fue jefe directo de los coordinadores de eficacia, los coordinadores eran los encargados de entregar la dotación a la actora, pero no recuerda qué logotipo tenía.</p> <p>Afirmó que la sociedad cumplió y reconoció con la remuneración acordada a las partes, lo que aparece discriminado en las colillas de pago y comprobantes de pago de nómina.</p> <p>Eficacia S.A. e Indega S.A. suscribieron un contrato de servicios por el cual esta última solicita un servicio específico y por el cual se responde.</p> <p>Desconoce cuál era el horario de Paulina, porque no fue jefe inmediato de esta, de ello se encargaba el coordinador. Desconoce si CocaCola tenía personal haciendo las mismas funciones de la demandante dentro de su empresa.</p> |
|--|--|

Pues bien, previo a continuar con el análisis propuesto, es necesario pronunciarnos sobre la tacha de sospecha alegada en oportunidad, por el apoderado de la parte demandante respecto de los testigos de Eficacia S.A., Juan Esteban Álvarez Ríos, Mónica Lucía Hurtado Sánchez y Robinson Navarro Angarita.

De la tacha de sospecha de testigos.

Argumenta la parte actora que no se deben tener en cuenta los testigos tachados de sospechosos, porque son empleados de Eficacia S.A. y tienen cargos directivos, de manera que en ese rol de dependencia pueden dar un giro distinto a lo solicitado en la demanda, además porque éstos también fungen como testigos de la demandada en múltiples procesos que se tramitan ante la jurisdicción por circunstancias fácticas similares.

Para resolver, se tiene que el artículo 211 del CGP prevé en torno la tacha del testigo por imparcialidad lo siguiente:

“IMPARCIALIDAD DEL TESTIGO. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o

interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

*La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar **de acuerdo con las circunstancias de cada caso**".*

A la luz de lo anterior, es el funcionario, quien de acuerdo **con las circunstancias de cada caso**, a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, corresponde valorar el testimonio, acorde con su conocimiento personal y directo, a la exposición de las razones de sus dichos, y al principio de la buena fe, para llegar a un real convencimiento y de hallar la verdad procesal. Además de lo anterior, por sí sola, la tacha del testigo no implica que el juez deba desestimarlos, dado que la finalidad de tal figura, es que el juez analice sus dichos bajo las reglas de la sana crítica, y determine su imparcialidad, lo que implica para el juez que este medio de prueba deba valorarse con mayor rigurosidad. Así lo ha concluido el Alto Tribunal Constitucional en Sentencia C-790 de 2006:

"Por cuanto si bien la sola circunstancia de que los testigos sean parientes de una de las partes, no conduce necesariamente a deducir que ellos inmediatamente falten a la verdad, la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha" (subraya de la Sala)

Acogiendo tal intelección, se despachará desfavorablemente la tacha formulada por la activa, pues aun cuando los testigos indicaron laborar para Eficacia S.A. en cargos directivos, y ser testigos en múltiples procesos con similares circunstancias fácticas, lo cierto es que, sus dichos resultaron espontáneos, libres, responsivos e imparciales, y precisamente por el rol desempeñado en la compañía demandada, pudieron dar cuenta de los hechos respecto de los que tuvieron conocimiento y que hoy son objeto de controversia, debiendo ser valorados sus testimonios de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la libre formación del convencimiento.

Así las cosas, en primer lugar, nos referiremos a las particularidades encontradas, tras el análisis de las ofertas para prestación de servicios entre las demandadas⁴⁰:

- Aunque formalmente se celebró un contrato de trabajo por duración de obra entre la demandante y Eficacia SA., llama la atención de esta Judicatura que en

⁴⁰ 01PrimerInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 330/338; 319/327, 339, 349/351 y 340/348

este documento se haya incluido como “usuario” a Indega S.A. consagrando en su cláusula 5.15 que en el desarrollo del contrato se debía “dar cumplimiento a los Reglamentos, las Políticas, Procedimientos e Instrucciones dadas por la empresa USUARIO”, y que además de esto en las colillas de nómina quincenales de la demandante, se haya incluido en todas como cliente a Indega S.A.

- También se debe resaltar, que el mismo día en que se suscribió el contrato por obra o labor -15 de febrero de 2008-, se suscribió otrosí⁴¹ al contrato con Eficacia S.A. en el que se pactaron condiciones para el pago del salario, en el que se indicó que lo constituía un componente fijo y otro variable por resultados, integrado a su vez, de un lado por cumplimiento por ventas y de otro por efectividad, ello, **dependiendo del resultado de volumen -cantidad- de ventas realizados directamente por la trabajadora de los productos de Indega S.A.** (cumplimiento por ventas) **así como de la cantidad de veces que la actora haya contactado durante el mes a los clientes de Indega S.A.** que le hayan sido asignados, y las compras efectivas en ese mes (Efectividad).

En el Otrosí del 7 de julio de 2008⁴², también se indicó que la parte del salario variable, dependió del cumplimiento de cuotas y peso asignado a cada grupo de productos definido, por ejemplo, los **grupos de productos carbonatados y no carbonatados**.

- En los acuerdos comerciales pactados entre Eficacia S.A. e Indega S.A., se encuentra una cláusula denominada “INDEPENDENCIA” donde el oferente (Eficacia S.A.) indica que realizará su actividad de manera autónoma e independiente, y utilizará en el cumplimiento de su labor su propio personal, sin que haya subordinación jurídica alguna entre él, sus colaboradores y dependientes y la destinataria (Indega S.A.), **no obstante, de su lectura juiciosa se concluye que tal autonomía e independencia no existía**, por diversas cláusulas en que se acordó control de Indega S.A., como a continuación se expone:

a) Se acordó control por Indega S.A. frente al cumplimiento de normas de Higiene y Seguridad Industrial de esta, por parte de Eficacia S.A.,

⁴¹ 01PrimerInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 195

⁴² 01PrimerInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 196/197

obligándose a garantizar las condiciones de prestación de servicios, equipos, materiales y elementos de protección personal a los trabajadores de Eficacia S.A., proporcionar constancia de los exámenes médicos realizados a los empleados de ésta, y en general cumplir con las órdenes e instrucciones impartidas por la destinataria.

b) Eficacia S.A. se obligó a no ceder ni subcontratar la prestación de los servicios objeto del contrato, u obligaciones derivadas de la aceptación de la oferta, y se obligó a informar a Indega S.A. si prestaba sus servicios a otras compañías con el mismo objeto de producción y/o distribución de jugos, maltas, gaseosas, aguas saborizadas, agua natural, y en general bebidas no alcohólicas, o incluso si fuera **su intención** hacerlo, comprometiéndose a no **intercambiar personal operativo** entre Indega S.A. y sus demás clientes que compartan igual objeto social.

c) Se previó el deber de Eficacia S.A. de conservar durante la ejecución del negocio y hasta por 3 años posteriores a su terminación, toda la documentación relacionada con la ejecución del referido contrato, a efectos de Indega S.A. **realizar auditoría** sobre el cumplimiento de los términos acordados.

d) Se facultó a Indega S.A. a exigir a Eficacia S.A. presentación de contratos de trabajo celebrados, constancia de afiliación y pago al SSSI, y demás documentos relativos al cumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales como empleador, precisando que la exhibición de tal documental cuando sea requerida, sería una **condición suspensiva** de la obligación del pago en favor el oferente y su desatención derivaría incluso a la **terminación de la relación comercial**.

e) Se proscribió la contratación de vinculación laboral de menores de edad y/o personas que no cumplan con las obligaciones legales de afiliación a salud y riesgos profesionales.

f) En la oferta de servicios del 10 de febrero de 2010⁴³, **se pactó que Indega S.A. entregaría a título de comodato a Eficacia S.A., un espacio físico al**

⁴³ 01PrimerInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 340/348

interior de sus instalaciones para desarrollar todas las actividades tendientes a la ejecución del objeto del contrato

De otro lado, Los interrogatorios de parte absueltos y las declaraciones de quienes fueron citados como testigos, se corrobora que la señora Paulina Marcela Ospina García, prestó sus servicios dentro de las instalaciones de Indega S.A. como televendedora, función que consistía en la venta de productos comercializados por esta última, más no por Eficacia S.A.; que el cumplimiento de metas fijadas para acceder al salario variable, esto es comisiones e incentivos, estaban condicionados a la venta de productos de CocaCola; que además esta portaba un uniforme y en su camisa tenía logos de CocaCola –Indega S.A.-, además se allegó copia del carné de la demandante con el logo de CocaCola⁴⁴, elementos que son indicativos de la calidad de empleador que tuvo esta última.

La **testigo Luz Andrea Gil Zapata**, quien también fue compañera de trabajo de la demandante, dio cuenta que la actora vendía productos de CocaCola por teléfono, atendía al cliente en las oficinas de esa empresa, que recibía instrucciones de directivos de CocaCola, su horario era determinado por Alejandro Sastoque jefe de CocaCola, al igual que las metas que se imponían por la jefe de mercadeo de la misma compañía, que identificó como “Yolanda”. Y si bien los **testigos arrimados por Eficacia S.A., Mónica Lucía Hurtado Sánchez y Robinson Navarro Angarita**, señalaron que las directrices que se le impartían a la actora era a través de los coordinadores de Eficacia, que en este caso fue **Juan Esteban Álvarez Ríos**, no obstante, para esta Sala resulta extraño que este testigo al declarar ante el despacho de instancia, pese a identificarse como la persona que daba las órdenes a la demandante, desconocía el horario que esta tenía, si se le hicieron llamados de atención, si se le notificaba anualmente el incremento de su salario fijo mensual, su horario de almuerzo o si debía laborar horas extras, lo que desvirtúa la alegada autonomía de Eficacia S.A. respecto de Indega S.A., pues lo anterior, da cuenta que la subordinación no era ejercida realmente por esta última, y que este tramitaba simplemente incapacidades, permisos y entregaba los uniformes.

Así las cosas, valorada la prueba recaudada en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y de la libre formación del convencimiento judicial, la Sala arriba a la conclusión de que Indega S.A. tuvo calidad de verdadero empleador y Eficacia S.A.

⁴⁴ 01PrimerInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. pág. 91

fungió como simple intermediario en los términos del artículo 35 del CST, por las siguientes razones:

- En torno a los acuerdos comerciales celebrados entre las demandadas, Eficacia S.A. no obró como contratista independiente frente a Indega S.A., en tanto del clausulado se desprende condicionamientos y obligaciones respecto del oferente, que desdibujan la alegada autonomía e independencia en la prestación del servicio, además la señora Paulina Marcela Ospina García fue enviada a prestar sus servicios como una especie de una empleada en misión dentro de las mismas instalaciones de Indega S.A., donde estuvo sometida a subordinación ejercida por trabajadores directos de esta.
- El lenguaje utilizado en los documentos citados como el contrato de trabajo, las colillas de nómina son propios de una EST donde se referencia como cliente o usuaria a Indega S.A., y si bien Eficacia S.A. no está constituida como una EST, y según lo argumenta en su defensa, precisamente de ahí se deriva que no teniendo autorización para ejecutar este tipo de actividades, debe concluirse que el verdadero empleador fue Indega S.A. siendo Eficacia S.A. una simple intermediaria.
- Debe recordarse que las EST no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanente de la usuaria o sustituir personal permanente, sino que su deber ser está en cumplir actividades temporales, acorde a lo previsto en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que pueden ser del giro habitual o no de sus negocios, no obstante, se encuentra que la función de vendedor, es una función o necesidad **permanente** de Indega S.A., existiendo incluso en el testigo Juan Esteban Álvarez Ríos señaló que en esta compañía si existían jefes de ventas, además, dado el tiempo de vinculación de la demandante entre el 15 de febrero de 2008 y el 18 de diciembre de 2010 puede concluirse que tampoco se trataba de una actividad temporal, lo que excede al año máximo para la vinculación de trabajadores en misión.

La H. Sala Laboral de la CSJ en procesos adelantados contra Indega S.A. ha reseñado aspectos que resultan de vital importancia, que acompañan las conclusiones emitidas.

En sentencia **SL 216 de 2019** señaló lo siguiente:

“La Sala de la revisión de los citados contratos de oferta mercantil que INDEGA S.A suscribió con las codemandadas antes citadas, observa que si bien en ellos se dejó consignado que el oferente realizaría su actividad de manera autónoma e independiente y que utilizaría en el cumplimiento de su labor su propio personal «sin que haya subordinación jurídica alguna entre él, sus colaboradores y dependientes y la destinataria», de su análisis integral no puede colegirse indefectiblemente tal independencia en su ejecución, ya que el oferente adquiere algunas obligaciones que desdibujan la pregonada independencia, como por ejemplo la de efectuar la distribución de los productos en las zonas indicadas por la destinataria, o la facultad que tiene esta última de exigir en cualquier momento la presentación de los contratos de trabajo celebrados con el personal que utiliza el oferente para la prestación del servicio objeto de la oferta, al igual que efectuar inspecciones en cualquier momento u objetar la ejecución del contrato cuando se cumpla conforme a las «instrucciones» dadas. **Por manera que esta documental por sí sola, no ofrece la certeza suficiente que permita afirmar que las empresas oferentes realizaron la distribución de los productos de la destinataria, con «absoluta» autonomía, como afirma el censor.**

(...)

En suma, los documentos contractuales que se acaban de analizar, en modo alguno logran desvirtuar el fundamento principal que tuvo el ad quem, para no tener a las codemandadas Expertos Servicios Especializados Ltda., Merchandising Integral Ltda. y Ayuda Integral S.A., como contratistas independientes y, por el contrario, **concluir que el demandante laboró para INDEGA S.A., cumpliendo el horario establecido por dicha empresa con los elementos entregados para el desarrollo pleno de su actividad, tales como uniformes e insignias de INDEGA; que las citadas codemandadas fungieron pero como simples intermediarios, ya que no se cumplía con los presupuestos del artículo 34 del CST, al no ejercer sus labores con sus propios medios y tampoco advertirse la autonomía y la independencia que exige la norma**, las cuales brillan por su ausencia. Entonces también queda incólume que conforme al artículo 35 ibídem las codemandadas son simples intermediarias, pero que como éstas no declararon tal calidad deben responder solidariamente. (Negritas y resaltos propios)

En más reciente pronunciamiento, a través de la sentencia **SL 1276 de 2021** reiteró que:

“**Con la serie de documentos que acusa, la censura no logra acreditar, como era su deber, que el vínculo se desarrolló de manera autónoma e independiente, pues de las aquellas simplemente se aprecia que formalmente suscribieron contratos de trabajo con Eficacia SA., quien los afilió al sistema de seguridad social, efectuó las cotizaciones, pagó salarios y demás acreencias laborales, pero no cumple con el deber de probar la autonomía e independencia en la ejecución de la prestación de los servicios a Indega SA., que se itera, era lo preponderante, dada la estructura argumentativa de la providencia.**

*Como segundo elemento fundante del fallo, y sin que fuera necesario dada la presunción antes referida, el juez plural, **luego de analizar la prueba testimonial, coligió que Indega SA, ejerció subordinación jurídica laboral, convencimiento que le sirvió para reafirmar el vínculo de trabajo entre los demandantes y esta compañía.** (Negrillas propias)*

En torno al uso de EST para atender requerimientos permanentes de las empresas usuarias, señaló en **SL168 de 2020**, qué:

“(...) la Sala memora que las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a la vinculación temporal para suplir requerimientos permanentes. Así mismo, la infracción de las reglas jurídicas del servicio temporal conduce a considerar al trabajador como empleado directo de la empresa usuaria, vinculado mediante contrato laboral a término indefinido, con derecho a todos los beneficios que su verdadero empleador (empresa usuaria) tiene previstos en favor de sus asalariados. A su vez debe tenerse a la empresa que funge como empresa de servicios temporales como simple intermediaria, quien, al no manifestar su calidad de tal, está obligada a responder solidariamente por la integridad de las obligaciones de aquella.

De lo anteriormente explicado, a la luz del análisis probatorio y del recuento jurisprudencial y normativo aplicable en la materia, ha de declararse que INDEGA S.A. fue la verdadera empleadora de la señora PAULINA MARCELA OSPINA GARCÍA en la que EFICACIA S.A. fungió como simple intermediaria, y que, al no anunciar su calidad, debe responder solidariamente por las acreencias laborales de la demandante, y en ese sentido **será revocada** la sentencia de primera instancia.

Así, al no haberse discutido el extremo temporal por el cual la actora prestó sus servicios, esto es, entre el 15 de febrero de 2008 y el 18 de diciembre de 2010, así se tendrá para todos los efectos, precisando que dada la declaratoria del contrato realidad, se entenderá que el mismo es a término indefinido.

Definido lo anterior, se procederá a analizar las acreencias que fueron deprecadas con la demanda.

a) Aplicación del principio a trabajo igual, salario igual: reajuste de salarios y acreencias laborales respecto del trabajador José Ochoa Restrepo.

Se pretendió con la demanda el pago de reajustes de salario y acreencias laborales, lo que sustentó la actora, en el hecho décimo segundo de la demanda indicó que las demandadas deben la diferencia salarial entre lo devengado por un empleado directo

de Indega S.A., en este caso, el señor **José Ochoa Restrepo**, por desempeñar las mismas funciones que la actora, ello en aplicación del principio consagrado en el artículo 143 del CST, “a trabajo igual, salario igual”, con miras a obtener a) excedente de sueldo; b) prima extra de navidad, c) prima extra de antigüedad, d) prima extra de junio, e) prima legal de servicios, f) auxilio de copago, g) auxilio de rodamiento y h) la respectiva reliquidación de todas las acreencias laborales

Para resolver lo anterior, ha de indicarse que el artículo **143** del CST en su versión **original**, aplicable al caso concreto por haberse prestado los servicios entre el **2008 y el 2011**⁴⁵, consagra el principio de a trabajo igual, salario igual, bajo el siguiente tenor:

1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127.
2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.

Nuestro órgano de cierre en la materia en sentencia **SL16217 de 2014**, reiterada en la **SL1251 de 2023**, ha indicado en torno a esta disposición:

De lo estatuido en el artículo 143 del CST se deriva que dos trabajos se consideran iguales cuando también son iguales el “puesto”, la jornada y las condiciones de eficiencia de quienes los desempeñan; en tal caso el salario deberá ser igual. Se deriva también de ese precepto que dos trabajadores pueden recibir salarios diferentes, cuando no hagan el mismo trabajo, en puesto, jornada y condiciones de eficiencia.

Es decir, la citada norma contempla tres criterios (tertium comparationis) que deben cumplirse para que dos trabajadores se consideren iguales y reciban la misma retribución: dos de tipo objetivo (puesto y jornada) y uno subjetivo (condiciones de eficiencia). Si uno solo de esos elementos es distinto, justificará una diferencia retributiva entre ambos trabajadores, pues, en tal hipótesis, sus trabajos no se considerarán iguales.

Ahora bien, dicha corporación tiene consolidado el criterio según el cual, quién pretende la nivelación salarial por haber desempeñado cargo “tiene la carga probatoria de demostrar el puesto que desempeña y la existencia de otro trabajador que se desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia”, y con ello, trasladar la carga al empleador de probar las razones objetivas

⁴⁵ La Ley 1496 de 2011 que modificó el artículo del CST entró en vigor el 29 de diciembre de 2011, y el contrato terminó el 18 de diciembre de 2010.

de la diferencia en cuanto a la remuneración. Así lo reiteró en **Sentencia SL2376 de 2023**, al recordar lo analizado en la **SL15023 de 2016**:

*“Para ahondar en razones, de acuerdo con la evolución de la jurisprudencia sobre el tema, en **todo caso al trabajador le corresponde probar el trato diferente respecto de otro cargo de igual valor**, para trasladarle al empleador la carga de probar las razones objetivas de la diferencia; es decir, **no basta su sola afirmación de estar en igualdad de condiciones respecto de otro cargo, para hacerse merecedor de la nivelación**. Cumple recordar la sentencia hito sobre el punto:*

Sobre el tema de la carga de la prueba, la Sala tiene adoctrinado que el trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio «a trabajo igual salario igual», tiene por carga probatoria demostrar el «puesto» que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia. Sobre el particular son ilustrativas las sentencias CSJ, SL 5 feb. 2014, Rad. 39858, y SL 20 oct. 2006, Rad. 28441, donde reiteró lo dicho en las de 10 de jun. 2005 y 24 de may. 2005, Rads. 24272 y 23148, respectivamente. Criterio adoctrinado anteriormente, en la sentencia CSJ SL, 25 sept. 1997, Rad. 9255, reiterada en la del 16 de nov. 2005, Rad. 24575.

*Sin embargo, esta Corporación precisará el citado criterio, en cuanto a que, tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al art. 143 del CST, por el art. 7º de la L. 1496/2011, según la cual «Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación», en casos como el presente, en que la relación laboral culminó en 2006, atendiendo al principio de la carga dinámica –y no estática- de la prueba, también deberá invertirse la carga probatoria. **En consecuencia, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador –dado que está en mejores condiciones para producir la prueba-, justificar la razonabilidad de dicho trato.** CSJ SL 17442 de 2014.” (Negrillas propias)*

Estudiado lo anterior, para esta Sala **deviene imperativo denegar** lo pretendido respecto de este punto, dado que **la parte demandante no satisfizo la carga probatoria que le asistía** en torno a demostrar “(...) *indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio en materia retributiva (...)*”; pues aun cuando se demostró que la demandante estuvo vinculada a Indega S.A. donde desempeñó el cargo de televendedora, donde se ocupó de contactar clientes telefónicamente para formalizar ventas, no se acreditó si quiera que el señor Ochoa Restrepo desempeñara las mismas funciones, solo se allegó una copia de comprobante en el que se describen unos pagos realizados al señor entre el 16 de febrero de 2011 al 28 de febrero de 2011⁴⁶, donde se indica que su cargo era de “*prevendedor*”, lo que no es indicio alguno para los efectos buscados,

⁴⁶ 01PrimerInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. pág. 90

dado que para esa fecha ya la demandante no estaba vinculada a Indega S.A.; la única testigo traída por la activa no indicó nada respecto de este trabajador, y solo el testigo de Indega S.A., el señor Carlos Mario Yepes Yepes aceptó conocerlo e indicó que el señor Ochoa Restrepo laboraba para dicha compañía en el cargo de prevendedor, y tenía como función atender los clientes en sus necesidades de producto, pero desconoce su salario.

De manera que no se tiene certeza de la similitud de funciones que debían desplegar en los referidos cargos, ni del salario devengado por éste, resultando improcedente para esta Sala de Decisión realizar consideraciones al respecto, sin elementos de juicio para concluir en la existencia de una desigualdad salarial.

b) Aumentos de salario por los periodos laborados, incentivo por referencia y reajuste de prestaciones sociales

Pretende la parte actora el pago del excedente del salario básico dejado de pagar mes a mes durante el periodo de la relación, lo cual está sustentado en que inicialmente se pactó como salario la suma de \$431.750 pagaderos quincenalmente, pero después fue incrementado en \$800.654; para el año 2009 en \$1'013.120 y para el 2010 en \$1'078.139.

Dichas cifras corresponden al salario ordinario con calidad de variable mensualmente, calculado en promedio anual, según certificó Eficacia S.A. a la actora el 14 de julio de 2011⁴⁷.

También señaló que si bien el incremento era certificado por Eficacia S.A. anualmente mediante comunicación escrita como se le indicó al señor Víctor Daniel Rivera, quien aportó prueba donde le informan que a partir del 1° de abril del 2009 su salario referencia será de \$891.900 mensuales⁴⁸, no obstante, a ella nunca le notificaron dicho aumento salarial. Adicionalmente afirmó que Eficacia S.A. le prometió el pago de una comisión mensual sobre ventas.

De lo anterior, interpreta esta Sala que lo pretendido por la demandante es que se tenga ese **salario de referencia** como un componente **fijo**, el cual ha debido pagarse como suma adicional a las comisiones e incentivos que se pactaron entre las partes.

⁴⁷ 01PrimeraInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 86

⁴⁸ 01PrimeraInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 92

Así las cosas, se allegó al plenario dos otrosíes al contrato de trabajo, uno del 15 de febrero de 2008⁴⁹ y 7 de julio de 2008⁵⁰, donde se dispuso que el salario de la trabajadora estaría compuesto por una parte fija mensual y otra variable por resultados, integrado a su vez, de un lado por cumplimiento por ventas y de otro por efectividad -calculada en relación con la cantidad de veces que los clientes asignados eran contactados durante el mes y la cantidad de compras efectivas-. En estos otrosíes se pactó que la vigencia de los mismos sería por un (1) año y que se prorrogaría su vigencia por ese mismo plazo si las partes no realizaban manifestaciones en cuanto a su modificación.

También, se pactó para cada una de esas dos variables –**cumplimiento por ventas y efectividad**- existiría el denominado “**valor mensual de referencia**”, que la Sala entiende como el valor máximo al que podría aspirar la trabajadora para el componente variable de su salario, atendiendo a que el **valor final de cada concepto equivalía al factor multiplicador** –una especie de porcentaje o grado de cumplimiento de la meta- aplicado al **valor mensual de referencia**.

Al respecto, **Juan Esteban Álvarez Ríos** explicó que, el salario de referencia era el **valor máximo** al que podrían aspirar recibir los trabajadores si cumplían el **100%** de las metas fijadas, como parte del componente **variable del salario**, al igual que **Robinson Navarro Angarita** quien señaló que el salario de referencia constaba de dos variables, un componente fijo y uno variable, basado en resultados, que a su vez tenía dos componentes, ventas y efectividad lo cual se estipuló desde el inicio de la relación laboral y se plasmó en el otrosí del contrato, refirió además que el cumplimiento por efectividad estaba condicionado al cumplimiento de la trabajadora de las tablas de cumplimiento por efectividad y las de cumplimiento por ventas, las que indicaban los presupuestos mínimos y máximos que debería cumplir la aquí demandante para obtener comisiones e incentivos.

De lo anterior, se concluye que no habrá de acogerse lo peticionado por la actora, en tanto de la documental allegada se desprende que el **salario de referencia** constituía solamente un parámetro de cuantificación del salario, más no el salario fijo como aspira, razón por la cual no hay lugar a pagar diferencia salarial alguna. Además, por que en algunas de las colillas de nómina aportadas, se visualizan pagos por inventivos

⁴⁹ 01PrimerInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 194/195

⁵⁰ 01PrimerInstancia; 02Expediente1520110985C01.pdf. págs. 196/197

prestacionales y comisiones prestacionales, pero no demostró la actora haber cumplido el 100% de las metas fijadas mensualmente para causarlas.

Por lo anterior, tampoco habrá lugar al consecuencial reajuste de las acreencias laborales.

c) Beneficios de la convención Colectiva de Indega S.A.

En torno a este punto, cabe resaltar que el artículo 467 del CST definió la convención colectiva de trabajo como aquella en la que *“se celebra entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante la época de su vigencia”*.

El artículo 468 ibídem, se precisa que en la convención deberá indicarse entre otros aspectos *“la fecha en que entrará en vigor, el plazo de duración y las causas y modalidades de su prorroga, su desahucio o denuncia, y la responsabilidad que su incumplimiento entrañe”*, y señala el artículo 469 que esta deberá celebrarse por escrito y que deberá depositarse *en el departamento nacional de trabajo*, dentro de los 15 días siguientes al de su firma, y sin tales requisitos la convención no produce efecto alguno.

En esa vía, la convención colectiva se ha entendido como fuente formal del derecho del trabajador, otorgándole carácter de verdadera ley en sentido formal, pues contiene el acuerdo de voluntades entre el patrono y los trabajadores, y quien pretende hacerla valer en un proceso, debe aportarla con el cumplimiento de las formalidades previstas en el artículo 469.

Sobre este punto la H. Corte Suprema de Justicia de viaja data, en **Sentencia del 20 de mayo de 1976**, señaló:

“Resulta así que la convención colectiva de trabajo es acto solemne y, en estas circunstancias, la prueba de su existencia se confunde con la demostración de que se cumplieron cabalmente las solemnidades exigidas por la ley para que fuera acto jurídico valido.

No puede pues acreditarse en juicio la existencia de una convención colectiva como fuente de derechos para quien la invoca en su favor sino aduciendo su texto autentico y el del acta de su depósito oportuno ante la autoridad laboral o, cuando

menos para esto último, mediante certificación de dicha autoridad sobre el hecho de haberse depositado dentro de plazo hábil la convención.

Si tal prueba no se allega al proceso de manera completa, no puede el sentenciador dar por demostrado en juicio que hay una convención colectiva de trabajo ni, menos aún, reconocer derechos derivados de ella en beneficio de cualquiera de los contendientes. *Y si llega a reconocer la existencia de aquella sin que aparezca en autos la única prueba legalmente eficaz para acreditarla, comete error de derecho y, por ese medio, infringe las normas sustanciales que preceptúan cosa distinta.*

*Se trata pues, de un acto solemne, para cuya demostración en juicio es necesario aportar a este la prueba de haberse cumplido las formalidades integrantes de la solemnidad, Una de ellas es el escrito en que conste el acto jurídico, otro el depósito de la copia del mismo ante las autoridades del trabajo dentro de un plazo determinado. **Es obvio que quien pretenda hacer valer en juicio derechos derivados de la convención, debe presentarla en copia expedida por el depositario del documento.***

“La prueba de un acto solemne no puede ser sustituida por otra. Así lo manda el Código Procesal del Trabajo en su artículo 61. En armonía con esta previsión legal, el mismo estatuto en su artículo 87, inciso del numeral 1, ve un error de derecho cuando el juzgador permite la prohibición establecida en la norma primeramente citada.” La Sala acoge ahora como doctrina de la Corte la tesis que acaba de exponerse que, por lo demás, ya había sido sostenido también en épocas anteriores. Rectifica así la tesis sostenida en contrario”

En esa vía, en Sentencia **SL410 de 2013** recordó la Alta Corporación que:

(...)el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo, norma que es de orden público, si bien establece que el juez del trabajo no está atado a tarifa legal de prueba, pudiendo formar libremente su convencimiento, inspirado en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y en la conducta procesal observada por las partes, también dispone que “cuando la ley exigida determinada solemnidad ad substantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio”, y el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, paladinamente impone el que la convención colectiva de trabajo deba celebrarse por escrito, extendiéndose en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el Ministerio del Trabajo, a más tardar dentro de los 15 días siguientes al de su firma, solemnidades sin las cuales “la convención no produce ningún efecto”, asunto que, por la directiva del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los procesos laborales por la remisión de que trata el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, incumbe acreditar a quien la invoca en su favor.

Conforme a lo anterior, visto que no se aportó la convención colectiva no puede prosperar lo pedido.

d) Recargos por horas extras, dominicales y festivos.

Señaló la demandante que su horario laboral fue de lunes a viernes de 7:00AM a 6:00PM, y sábados de 8:00AM a 5:00PM, pero cuando no se podían cumplir las metas establecidas, su horario se incrementaba 2 o 3 horas más, lo cual era casi diario; adicionalmente en altas temporadas debían trabajar hasta altas horas de la noche, incluyendo dominicales y festivos, que por lo general duraba un mes, -abril, mayo, junio, septiembre, agosto y diciembre de cada año-, de lunes a viernes de 7:00AM a 10:00PM y sábados.

Pues bien, sobre el particular, la H. CSJ de vieja data ha adoctrinado la necesidad de probar, por la parte demandante en quien recae la carga, la prestación del servicio en jornada suplementaria y dominical, en forma clara y contundente, de modo que no queden dudas en el operador jurídico respecto de su causación. Así, en **sentencia SL 7578 de 2015**, reiterada en la **SL3009 de 2017** indicó:

“ (...) La jurisprudencia, como también lo señala la opositora, adoctrina con frecuencia recordando el deber del recurrente de realizar una demostración clara, completa y precisa a fin de soportar la condena del fallador en torno al trabajo suplementario:

Se impone recordar, como de vetusta lo ha enseñado esta Corporación, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas. CSJ SL quince de julio de 2008; rad, 31637 (...).”

Así, cuando se pretende la remuneración por labor en jornada extraordinaria o recargos nocturnos, dominicales o festivos, a cada una de las partes les asiste una carga probatoria, de un lado, al demandante le compete probar cada hora extra que afirma haber laborado, o cada hora nocturna o en día domingo y festivo; por su parte la demandada debe acreditar, que la labor en esas horas o días acreditados por el demandante, si fueron remunerados con los recargos de Ley.

Se allegaron colillas de pago de nómina quincenales de la trabajadora⁵¹, donde se observan pagos, entre otros conceptos, en algunos de ellos, *Festivo Diurno 1.75* y *Recargo Diurno festivo Habitual 0.75*; la testigo Luz Andrea Gil Zapata señaló que el horario de la demandante era de lunes a viernes de 7:00AM a 6:00PM, y sábados de 8:00AM a 5:00PM, y cuando eran eventos o en diciembre el horario pasaba a ser de 7

⁵¹ 01PrimerInstancia; 02ExpedienteDigitalizado1620180026.PDF, págs.32/38

am a 10 pm, por su parte la testigo Mónica Lucía Hurtado Sánchez señaló que el horario dependía de los eventos y del cumplimiento de ventas de ese mes, podía ser de 6 a 2 o 2 a 10, u 8 a 5, de lunes a sábado

I

Así las cosas, ninguna de las pruebas documentales y testimoniales recaudadas, permite inferir con precisión el tiempo suplementario laborado por la trabajadora demandante, no hay conocimiento de qué días se laboró en la jornada diurna, cuáles en la nocturna, y cuáles de ellos en dominicales y festivos, razón por la cual **deviene necesario denegar esta pretensión**; máxime cuando de algunas de las colillas de nómina, se observa que se incluyeron pagos por conceptos de recargos que efectivamente fueron pagados.

e) Indemnización moratoria del artículo 65 del CST

Esta prestación también habrá de denegarse por no presentarse las condiciones fácticas para su causación, pues la documental glosada en pág. 270 demuestra el pago de los salarios y prestaciones sociales al momento de la terminación del vínculo laboral.

III. EXCEPCIONES

Las excepciones formuladas por la pasiva han quedado implícitamente resueltas al haberse acreditado la existencia de una verdadera relación laboral con Indega S.A., y al ser absueltas las condenas económicas que de dicha declaratoria se desprendían.

IV. COSTAS

No se impondrán costas en las instancias, pues, aunque prosperó la pretensión principal tendiente a obtener la declaratoria de la existencia de contrato realidad, no se reconoció obligación de pagar suma de dinero ni obligación de hacer, lo que se traduce en que no hubo condena económica, por tanto, no hay forma de liquidar agencias en derecho en favor de la parte actora.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Descongestión de Medellín, el 28 de noviembre de 2014, dentro del proceso ordinario laboral de doble instancia promovido por PAULINA MARCELA OSPINA GARCÍA contra EFICACIA S.A. e INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., para en su lugar **declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante e Indega S.A.**, quien fungió como real empleadora entre el 15 de febrero de 2008 y el 18 de diciembre de 2010, en la que Eficacia S.A. medió como simple intermediaria según lo reseñado en el artículo 35 del CST, conforme a lo ya motivado.

SEGUNDO: Absolver a las demandadas de las pretensiones económicas incoadas, por lo ya expuesto.

TERCERO: Sin costas en las instancias, por lo ya expuesto.

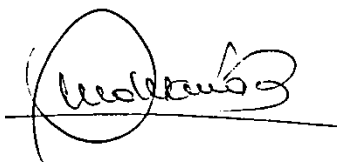
Se ordena notificar por edicto.

Devuélvase el expediente al despacho de origen.

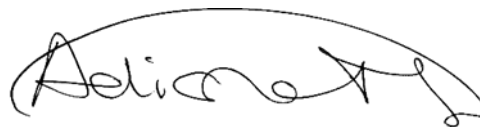
Las Magistradas



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ